

ALCANCE DEL ARTÍCULO 361 N° 2 DEL CÓDIGO PENAL:
INCAPACIDAD PSICOLÓGICA PARA Oponerse

FRANCISCA ZAMORA ÁGUILA
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 25 de noviembre de 2020, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco acogió un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, dejando sin efecto la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica que absolvió al acusado del delito de abuso sexual, previsto y sancionado en el artículo 366 del Código Penal, en relación con el artículo 361 N° 2 del mismo cuerpo legal, concretamente, aprovecharse de la incapacidad de la víctima para oponerse.

El recurso de nulidad se fundó en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, haberse realizado una errónea aplicación del derecho que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal le habría dado un sentido y alcance diverso al artículo 361 N° 2 del Código Penal, descartando su concurrencia no obstante dar por acreditados hechos que la configurarían.

El fallo que se comenta trata los requisitos del referido artículo del Código punitivo, su evolución legislativa, y la interpretación doctrinaria y jurisprudencial existente al día de hoy, la que permite incluir dentro de las hipótesis de la incapacidad para oponerse no solo la que conlleva resistencia física, sino que también aquellos casos en los que la víctima ha expresado una voluntad contraria al acto sexual, pero por alguna razón fáctica no puede asentir, negar ni oponerse.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y DOCTRINARIA

Primeramente, y en atención a que los hechos que son objeto de análisis en la sentencia corresponden a un delito de abuso sexual, es preciso señalar que el estudio de este, al tratarse de una víctima mayor de 14 años, debe necesariamente circunscribirse a alguna de las circunstancias descritas por el artículo 361 (o 363 si es mayor de 14 años, pero menor de 18). En este caso concreto, el análisis gira en torno a la incapacidad para oponerse, por lo que debemos necesariamente abordar esta circunstancia en el delito de violación.

El artículo 361 del Código Penal prácticamente no sufrió modificaciones desde que entró en vigencia dicho cuerpo normativo, rezando el numeral 2 de la referida norma “cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa”. Señalaba al respecto Etcheberry que “la privación de ‘sentido’ se refiere a la privación de conciencia (...). En cuanto a la privación de ‘razón’, debe estar referida a la capacidad de la persona para dirigir su propia conducta y para darse cuenta de la naturaleza y significación del acto sexual que va a realizar”¹. Advertía desde ya, sin embargo, que la legislación nacional no contemplaba hipótesis que, sin lugar a dudas, constituiría igualmente el delito de violación, como eran los casos de la mujer que por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiese resistir, ejemplificando la situación de la sorpresa con la que ha actuado el violador, o por estar la víctima físicamente inmovilizada por ataduras realizadas por un tercero.

Adicionalmente, es preciso señalar que únicamente existía el delito de abuso deshonesto en el artículo 366, el que se remitía al artículo 361 para señalar que, si concurría alguna de las circunstancias descritas por él, se estimaría como agravante del delito (no supeditándola a la descripción de la conducta típica).

Por todo lo anterior, no es de extrañar que la regulación nacional fuera objeto de múltiples modificaciones, encontrando la primera de ellas (y una de las más relevantes) en la Ley N° 19.617, que sustituyó completamente los tipos penales relativos a la violación y al abuso sexual. En lo pertinente, la segunda circunstancia del artículo 361 pasó a ser “cuando la víctima se halla privada de sentido, *o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia*”², y se sustituyó el artículo 366 por el realizar abusivamente una acción sexual distinta del acceso carnal, distinguiendo la penalidad según la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 361 (violación propia), o por alguna de las señaladas en el artículo 363 (estupro).

Sin perjuicio de representar un avance en la protección de la libertad sexual de las personas, no fue una redacción “óptima”, y la doctrina nacional se mostraba dividida frente a la nueva tipificación incorporada por la señalara reforma legal, encontrando por una parte una postura “restringida”, y otra “amplia” de interpretar esta nueva causal.

El profesor Luis Rodríguez Collao indicaba que “no se trata de que el sujeto pasivo esté en la imposibilidad de prestar un consentimiento válido para la realización de actos de significación sexual, como ocurre en las hipótesis de fuerza,

¹ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo IV, 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1997), p. 60.

² El destacado en letra cursiva es nuestro.

intimidación y privación de sentido, sino de que padezca algún impedimento físico que lo inhabilite para oponerse a cualquier pretensión de índole sexual que vaya en contra de su voluntad (...). Por su parte, como la figura en estudio nada tiene que ver con la aptitud psíquica para consentir, y como, además, el tipo exige abuso de la situación de desvalimiento, es perfectamente factible que una persona que se encuentra en la situación descrita en la norma manifieste válidamente su voluntad para la realización del acceso carnal, caso en el cual dicho comportamiento quedará exento de castigo por ausencia de tipicidad”³. Misma opinión sostenían los autores Politoff, Matus y Ramírez⁴, y es posible considerar que esta era la doctrina mayoritaria en cuanto a interpretación de los alcances de la norma.

Opinión en contrario sostenía Garrido Montt, quien señalaba sobre esta circunstancia que “oponer resistencia es manifestar o exteriorizar el rechazo a la acción del agente y que de esta circunstancia típica se ocupa el N° 1 del art. 361 recién comentado; pero si el sujeto pasivo carece de esa posibilidad –la de exteriorizar el rechazo– se da la circunstancia del N° 2 [...]. De lo dicho se desprende que la incapacidad de resistencia puede tener cualquier causa y ser de cualquier naturaleza, su característica es que derive de una situación personal –natural o creada– que afecte al individuo, dejándolo en la imposibilidad de expresar o manifestar su oposición al acceso carnal, *pueden ser causas síquicas o físicas*. Por otra parte, una persona puede no estar privada de sentido, pero impedida de expresar su voluntad de rechazo”⁵.

Finalmente, por medio de la Ley N° 20.480, publicada el 18 de diciembre de 2010, se reemplazó la locución “para oponer resistencia” por “para oponerse”, llegando así a la redacción actual de la norma en comento.

III. INCAPACIDAD PARA Oponerse: ALCANCES LUEGO DE LA REFORMA

Como primer punto, entre las páginas 267 y 278, del Vol. XLII, N° 4 del año 2015, de la Revista de Ciencias Penales, es posible encontrar un comentario de jurisprudencia de Francisco Gómez Muñoz, que aborda el alcance del artículo

³ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos Sexuales*. 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2000), p. 155.

⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial*, 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2005), p. 258.

⁵ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo III, 4ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2010), p. 286. El destacado en letra cursiva es nuestro.

361 N° 2 del Código Penal luego de la reforma legislativa del año 2010. Dicho artículo comenta una sentencia de la Corte Suprema del año 2015, que rechazó un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de un fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, que absolvió al imputado (un juez) por la supuesta comisión de cinco delitos de abuso sexual. En dicha oportunidad, el voto de minoría de la sentencia de la Corte Suprema realizó un análisis de la incapacidad psíquica para oponerse, estando por acoger el recurso de nulidad interpuesto.

A fin de no reiterar elementos expuestos en dicho comentario, es que someramente expondremos diversas posturas que es posible encontrar luego de la reforma.

Por una parte, aún es posible encontrar “resabios” de la interpretación restrictiva de la norma. Luis Rodríguez Collao⁶, en la segunda edición de su manual “Delitos Sexuales”, publicada el año 2014, continúa sosteniendo que esta circunstancia exige que el sujeto pasivo se encuentre afecto a un impedimento físico que lo inhabilite para oponerse a cualquier pretensión de índole sexual que vaya en contra de su voluntad. Esto nos parece excesivo, ya que, sin perjuicio de que con la voz “resistencia” era factible argumentar en este sentido, continuar sosteniendo esta postura luego de la reforma desatiende el espíritu de la misma y el actual tenor literal.

En contra, Nicolás Oxman⁷ señala que “la incapacidad para oponerse es un medio de comisión de los delitos de violación y abusos sexuales, consistente en un aprovechamiento por parte del sujeto activo de condiciones físicas o psíquicas que disminuyen la concreta posibilidad de autodeterminación del sujeto pasivo en la esfera sexual”, indicando que adscribe a entender esta modalidad como una hipótesis restrictiva del consentimiento, entendiendo que implica una limitación de la facultad del sujeto pasivo a consentir, pero no una imposibilidad de consentir como ocurriría en los casos de violencia o intimidación: se trata de supuestos diversos que requieren un análisis pormenorizado en la esfera volitiva del sujeto pasivo.

Bajo el concepto planteado, el autor señala que la incapacidad psíquica para oponerse comprendería “los estados temporales de alteración significativa de las capacidades de la consciencia, que no alcanzan a la privación total de sentido, pero que pueden ser interpretados como una indefensión expresada en la

⁶ RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., p. 201.

⁷ OXMAN, Nicolás, “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales”, en *Política Criminal*, vol. 10, N° 19 (julio 2015), pp. 92-118.

disminución de las posibilidades de autodeterminación en la esfera sexual”⁸. Circunscribe por tanto a esos los casos en que puede existir una incapacidad psíquica para oponerse, descartando una “desnaturalización de *lege lata*” de la norma para incluir supuestos en que la víctima es subordinada a una situación de dependencia con respecto del sujeto activo, como la existencia de un contexto intimidatorio u hostil, supuestos en que existe un aprovechamiento de situaciones de vulnerabilidad, dependencia económica, afectiva o psicológica, entre otras.

Sin perjuicio de que el profesor Oxman avanza en la interpretación de la norma a uno más amplio, es igualmente restringido dentro de sus alcances, toda vez que lo circunscribe a la primera parte del numeral (esto es, que la víctima se halle privada de sentido) como una especie de “situación residual” para todos aquellos casos en que la víctima no alcance completamente ese estado. Creemos que no puede existir una desnaturalización de *lege lata* en los términos planteados por el autor, toda vez que la norma no indica los supuestos en que se considerará que existe una incapacidad para oponerse, teniendo como ejemplo la redacción del recientemente incorporado artículo 390 ter al Código Penal (en donde se señala que existe razón de género cuando la muerte se produzca en alguna de las circunstancias señaladas); es decir, cuando el legislador ha querido circunscribir la comisión de una determinada conducta a circunstancias específicas, así lo ha hecho. Por lo demás, ya al tipificar el delito de violación (e indirectamente, el de abuso sexual), el legislador lo ha delimitado en una serie de modalidades comisivas: en lugar de señalar que “comete violación el que accede carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a una persona mayor de 14 años, sin el consentimiento de ésta”, indica específicamente en qué casos se entiende que hay violación, quedando al arbitrio del juez (y del desarrollo doctrinario), qué se entiende por fuerza, intimidación, privación de sentido, incapacidad para oponerse, y enajenación o trastorno mental; nada ha sido definido por el legislador, por lo que no puede sostenerse que una interpretación amplia (o restringida) de una u otra constituye una desnaturalización de *lege ferenda* de la misma.

Por último, la profesora María Elena Santibáñez, sostiene que “la inmensa mayoría de los casos de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima se fundarán probablemente en la incapacidad física de la misma. Sin embargo, los términos amplios en que está redactada la norma permiten incluir situaciones de incapacidad de oposición de la víctima provenientes de las más diversas causas incluso en casos muy extremos de factores psicológicos

⁸ Ídem.

que anulen completamente la voluntad de la víctima [...] una correcta interpretación de esta circunstancia debe basarse en el sentido natural y obvio de las palabras empleadas, en su historia legislativa y en un esfuerzo por otorgar la mayor protección posible a los bienes jurídicos protegidos por el delito”⁹.

Consideramos que la última postura expuesta –que pareciera estar en concordancia con lo señalado por don Mario Garrido Montt incluso antes de la reforma al numeral– recoge de mejor forma el sentido de la norma: tal como señala la profesora Santibáñez, siempre que la situación de la víctima no provenga de un estado de intimidación que haría subsumible la conducta en la descripción del artículo 361 N° 1, o cuando, dada la edad de la víctima, exista una relación de dependencia en los términos del artículo 363 N° 2 (que resultaría de una entidad bastante menor por existir una especie de consentimiento viciado), es posible entender en sentido amplio la incapacidad de la víctima para oponerse; no solo porque de esta forma es posible abarcar de manera óptima la protección de los bienes jurídicos que el tipo penal trata, sino que permite incorporar situaciones de ocurrencia en la práctica, a la luz de la evolución en el tratamiento de la violencia sexual y de género: si antiguamente le era exigible a la víctima una resistencia física –al punto de poner en riesgo la propia vida según sostenían algunos autores– para efectivamente acreditar que existió una oposición, hoy no solo es imaginable, sino que entendible que una víctima no sea capaz de manifestar una “oposición violenta” a la agresión sexual cuando el contexto en el que ésta se cometió revela una especial situación de indefensión que perturbó la psiquis de la víctima al punto de no ser capaz de manifestar su oposición, sin que ello importe su consentimiento frente al actuar del sujeto activo.

IV. JURISPRUDENCIA: AVANCE EN LA INTERPRETACIÓN

Ya hemos señalado que el año 2015 el voto de minoría en la Corte Suprema adscribía a la interpretación amplia de la incapacidad para oponerse (razonando sobre la incapacidad psíquica), mientras que el de mayoría –que rechazó el recurso–, estimó que para acoger la tesis del recurrente se necesitaban pruebas de la manifestación de las condiciones anímicas o físicas en que se encontraba la supuesta víctima, como también el contexto en el cual se produjo el acercamiento a la misma, indicando que de acoger el recurso se encontrarían incorporando hechos nuevos a la causa, lo que se encuentra vedado por el legislador.

⁹ SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena, “Delimitación de la modalidad típica de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse en el delito de violación”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 15 (2013), pp. 43-56.

El fallo en comento no solo es indiciario de que existió un cambio jurisprudencial sobre la interpretación de la norma, sino que responde a él: en un inédito fallo, la Excelentísima Corte Suprema cambió su criterio, siendo incluso citado este fallo por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco para señalar que la incapacidad de la víctima puede ser psicológica. En efecto, pronunciándose sobre un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado, señala en el considerando quinto que “el legislador del año 2010 tuvo el propósito de eliminar la referencia a la incapacidad de resistencia física, para dar cabida a situaciones que antes no podían subsumirse en este tipo legal; superándose de este modo las hipótesis de protección basados únicamente en el empleo de fuerza material por parte de la víctima durante la ejecución, lo que no protegía suficientemente la indemnidad sexual. Concordante con ello la ley no establece directamente los límites objetivos de lo que ha de entenderse por ‘incapacidad para oponerse’, sin embargo, es posible concebir que su límite superior se encuentra en la incapacidad para oponer resistencia física, y en su base los casos en que la víctima ha expresado la voluntad contraria al acto sexual, pero por alguna razón fáctica no puede asentir o negar, ni tampoco oponerse”¹⁰.

Con respecto a los hechos, se encontraba asentado en la sentencia que se revisaba que el acusado ejercía respecto de las víctimas la condición de “pastor y guía espiritual”, lo que lo situaba en una posición de “líder” producto de su autoridad religiosa, lo que generó un vínculo de confianza que puso a las afectadas en un estado de vulnerabilidad, ya que ejercía un control personal y social que tenía como fundamento el vínculo de espiritualidad existente, como también la condición de subordinación a la autoridad, lo que le permitió al acusado inhibir completamente la oposición que pudieran manifestar las víctimas, las cuales no solo reunían la condición de menores de edad, sino que eran además (y por sobre todo), fieles de la iglesia que dirigía el acusado.

Esto debemos relacionarlo con lo expuesto por la profesora Santibáñez: aun cuando la situación fáctica pueda ser subsumible en el artículo 366 en relación con el artículo 363 N° 2, tiene una diferencia en su entidad toda vez que ello implicaría la existencia de un consentimiento viciado dentro del acto sexual, mientras que lo que se ha expuesto corresponde a una situación en la que se ha anulado completamente el consentimiento, precisamente por la incapacidad absoluta de las niñas de manifestar un rechazo, por la posición que detentaban dentro de la iglesia, como asimismo la investidura del acusado.

El fallo en comento razona sobre la misma línea, al revocar la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que descartó la concurrencia de la incapa-

¹⁰ Corte Suprema, 11.10.2018, rol N° 16676-2018.

cidad para oponerse, en atención a que la víctima no exteriorizó su oposición, señalando expresamente que esto podría haberse debido a características de personalidad de la adolescente, a su estado anímico en el momento en que ocurrieron los hechos, o a *alguna otra causa de origen psicológico que no le permitió exteriorizar su rechazo*; sin embargo, el tribunal “no contaba con elementos de convicción [de] que [la presunta víctima] se encontraba imposibilitada de oponerse desde el punto de vista psicológico”. Dicho de otro modo: el tribunal exige una exteriorización física de la oposición, no analizando las circunstancias fácticas para abordar una incapacidad psíquica de oponerse.

En ese orden de ideas, nos parece correcto el análisis señalado por el Tribunal de Alzada sobre los hechos que se tuvieron por acreditados, los que no se agotan en la concurrencia de la acción sexual (determinada en el caso por la tocación de los pechos de la víctima), sino que también el por qué esta no pudo manifestar una oposición al actuar del acusado: ya había manifestado su ausencia de consentimiento frente a actitudes previas del acusado, era menor de edad cuando ocurrieron los hechos, era de noche, se encontraba al cuidado de su hermana de dos años y no supo cómo reaccionar para no asustarla. Todos los antecedentes en su conjunto permiten establecer que efectivamente es posible que la víctima se encontrara incapacitada para oponerse, ya que –tal como señala la Corte– el acusado se aprovechó de una situación en que esta vio limitada su capacidad de decisión en cuanto a la acción sexual que la involucraba, teniendo en consideración la situación en su contexto, ponderando todos los elementos concurrentes en ella.

V. INCAPACIDAD DE LA VÍCTIMA PARA Oponerse V/S ABUSO POR SORPRESA

Un punto no abordado por el fallo, pero sí mencionado por el recurrente institucional y el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, es la reciente incorporación del delito de abuso sexual por sorpresa en el artículo 366 del Código Penal. Expuso el recurrente que la sentencia señalaba lo siguiente: “[a]sí las cosas hay que entender primeramente que ella accedió a que el acusado la tocara para hacerle un masaje, que si bien ella prestó su consentimiento para el masaje no hubo tal consentimiento para lo que ocurrió durante el masaje, que excedió a esta autorización y consistió en que el acusado le hiciera tocaciones en sus pechos, sin que se haya probado que el acusado se haya aprovechado de alguna incapacidad de la ofendida para oponerse, sino que más bien impresiona que por el contexto en el que ocurrieron los hechos, pareciera que fue *sorprendida* por el actuar del acusado, quien en forma gradual y progresiva fue aumentado en intensidad las tocaciones en lo que aparece como un patético

intento de seducción de su parte”¹¹. Señaló al respecto el Ministerio Público que la sentencia hace presente una nueva forma de comisión incorporada por la Ley N° 21.153, la que crea el abuso sexual por sorpresa, figura que no podía aplicarse en este caso por haber sido publicada con posterioridad a la ocurrencia de los hechos.

Sin perjuicio que un análisis detallado de dicha norma escaparía a lo que este trabajo pretende, es preciso hacer una somera referencia a ella, en atención a que históricamente se discutió la incorporación de la figura de violación (o abuso) “por sorpresa” dentro del numeral segundo del artículo 361, precisamente dentro del aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para oponerse.

Se mostraba dividida en este punto la doctrina nacional en dos posturas, las que pueden ser ilustradas de la siguiente forma: “los abusos sexuales por sorpresa o engaño sobre mayores de dieciocho años no son punibles en el actual Código Penal, al menos no a título de abusos sexuales”¹² (distinguiendo por la edad en atención a ciertas circunstancias del estupro que –a su juicio– permitirían aprehender dicha modalidad, incluso aludiendo a la concurrencia de un ánimo libidinoso), y por otra, “las llamadas violaciones o abusos sexuales por sorpresa, que pueden darse en ciertos contextos, como por ejemplo un examen médico y que tradicionalmente han sido señalados como una situación de laguna legal en nuestro ordenamiento jurídico penal, encuentran cabida precisamente en esta circunstancia de comisión del delito de violación”¹³ (en relación con el artículo 361 N° 2 del Código Penal).

Dentro de la tramitación de la referida ley –que modificó el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos– se manifestaron estas dos posturas, señalando por una parte la profesora Santibáñez que, en relación con el nuevo delito que se pretendía incorporar, “las indicaciones que exigen modalidades de comisión consistentes en proceder por sorpresa, engaño o utilizando otras maniobras que no supongan consentimiento de la víctima se encuentran comprendidas en el aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para oponerse, contenido en el numeral 2° del artículo 361 del Código Penal, relativo al delito de violación. En consecuencia, afirmó que ello permitiría aplicar la figura residual que propone el proyecto, en desmedro de los tipos penales de mayor gravedad que contempla el Código criminal, afectando el propósito que persigue la iniciativa”¹⁴.

¹¹ El destacado en letra cursiva es nuestro.

¹² POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 278.

¹³ SANTIBÁÑEZ, ob. cit.

¹⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, ob. cit., p. 106.

Por su parte, la profesora de Derecho Penal Fabiola Girão Monteconrado, expuso que “el establecimiento de la sorpresa, como elemento propio del tipo, resuelve las falencias que se han detectado en la sanción del abuso sexual propio, en los términos contenidos en el artículo 366 del Código Penal. De ese modo, afirmó que, al ser aprobada la propuesta en estudio, dicha disposición permitiría sancionar tres conductas: una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361; el abuso que consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años; y aquellos casos en que el abuso consistiere en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga el consentimiento de la víctima, siempre que esta sea mayor de catorce años”.

Primó esta última postura, por lo que encontramos en el inciso final del artículo 366 del Código Penal lo siguiente:

“Se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, siempre que ésta sea mayor de catorce años”.

Por la diferencia de penalidad con los incisos primero y segundo, podemos sostener que esta constituye una figura residual, pero que traería aparejada en la práctica dificultades en el deslinde con la figura del artículo 361 N° 2, cuando el abuso consistiere precisamente en la incapacidad para oponerse, y, en atención a la penalidad inferior, el nuevo abuso por sorpresa es ley penal más favorable para el condenado, por lo que no podemos afirmar que desaparecerá la discusión doctrinaria o jurisprudencial a la hora de aplicar una norma u otra.

El caso en comento evidencia esta suerte de concurso aparente de leyes penales toda vez que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica estimó que había existido una acción sexual distinta del acceso carnal, pero que esta actuación fue sorpresiva, y que a la fecha de comisión de los hechos no existía esa figura típica, argumentando por tanto que, de no existir una manifestación de la oposición por parte de la víctima, y habiéndose procedido sorpresivamente, lo que tenemos es una laguna de punibilidad respecto de los hechos acaecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.153.

Sin embargo, estimamos que el análisis realizado por la Corte de Apelaciones (en orden a no reiterar lo expuesto por el tribunal *a quo*) resulta correcto, toda vez que la acción sexual no puede ser considerada aisladamente como “sorpresiva”, máxime si la víctima había prestado su consentimiento a que el imputado le realizara un masaje, y que durante el transcurso de este le manifestó su

disconformidad con el carácter que iban adoptando las tocaciones (hasta llegar derechamente a sus pechos), sino que –tal como hemos señalado– se debe atender al contexto y a la gradualidad con la que se cometió el ilícito. Es a final de cuentas esto último lo que permitirá en futuros casos delimitar abusos sexuales en los que ha existido incapacidad psicológica de la víctima para oponerse, y en los que se ha procedido por sorpresa de esta o por cualquier otra maniobra que no suponga su consentimiento.

2. CORTE DE APELACIONES DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Abuso sexual. Causal de nulidad de infracción de ley, acogida. Errónea interpretación del artículo 361 N° 2 del Código Penal. Improcedencia de dar un alcance restringido a la norma e imponer al actuar de la víctima exigencias que la norma no contempla.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia absolutoria respecto del delito de abuso sexual. Ministerio Público recurre de nulidad. La Corte de Apelaciones acoge el recurso deducido, invalida el fallo impugnado y el juicio que le antecedió.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Temuco*

ROL: *862-2020, de 25 de noviembre de 2020*

PARTES: *Ministerio Público con Roberto Martínez Mollo*

MINISTROS: *Sra. Cecilia Aravena López, Sra. Cecilia Subiabre Tapia y Abogado integrante Sr. Claudio Bravo López*

DOCTRINA

El legislador, al contemplar como causal de procedencia del recurso de nulidad la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, ha perseguido sin duda velar por la correcta aplicación del derecho en la resolución del conflicto ventilado en el juicio oral de que se trate, lo que desde luego no significa inmovilizar la jurisprudencia, sino uniformar criterios a través del

tribunal superior. En la especie, es menester concluir que la sentencia incurre en un error de interpretación del artículo 361 N° 2 del Código Penal al darle un alcance restringido e imponiéndole al actuar de la víctima exigencias que la norma no contempla. Asimismo, el antedicho error influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que fue aquella interpretación lo que hizo concluir a los sentenciadores a absolver al acusado de la acusación fiscal que lo sindicaba como autor el delito de abuso sexual, previsto y sancionado en el artículo 366 en relación con el artículo 361 N° 1 y N° 2 del Código Penal, en grado de consumado al estimar que no pudo ser vencida por parte del ente persecutor la presunción de inocencia que le amparaba de acuerdo a la prueba de cargo rendida en el juicio. En consecuencia, procede acoger el recurso de nulidad al producirse una infracción de ley en cuanto a la aplicación del artículo 361 N° 2 del Código Penal (considerandos 5° y 6° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CI/JUR/148032/2020

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 361 N° 2 del Código Penal; 373 letra b) del Código Procesal Penal.